



## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<https://hdl.handle.net/2066/229390>

Please be advised that this information was generated on 2021-11-04 and may be subject to change.

# De invloed van Europa op ons procesrecht

## Verslag van de voorjaarsvergadering 2019 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht

*Jaap Damingh en Marijn van den Berg\**

### Algemeen

De voorjaarsvergadering van 2019 van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht (NVvP), die plaatsvond op 21 juni 2019, droeg de titel ‘De invloed van Europa op ons procesrecht’.

De voorzitter, prof. mr. C.J.M. Klaassen, heeft bij wijze van inleiding (de keuze voor) het thema van deze vergadering en de achtergronden ervan toegelicht.

Buiten kijf staat dat ons nationale procesrecht wordt beïnvloed door het Europese recht. Eenieder is zich echter niet altijd bewust van de mate waarin die invloed zich doet gelden. De doorwerking van ‘Europa’ op het Nederlands procesrecht lijkt misschien een ver-van-mijn-bedshow, maar de praktijk wijst uit dat het Europese recht op meer terreinen doorwerkt dan menigene denkt.

Dit onderwerp stond ook op de agenda van de NVvP-vergadering van december 2012. Sindsdien heeft ‘Europa’ ons nationale procesrecht – of breder: onze geschilbeslechting – verder beïnvloed. Zo kan worden gewezen op de introductie van het Europese bankbeslag in 2017, de ADR-richtlijn aangaande buitengerechtelijke geschilbeslechting (en de daarmee samenhangende ODR-verordening ter bevordering van online geschilbeslechting), alsmede op de onlangs door de Eerste Kamer geaccordeerde tekst van de Verordening herziening Brussel II-bis. Daarnaast kan worden gewezen op de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie over de uitleg van Unierechtelijke normen en de ambtshalve toetsing door de (nationale) rechter. Tevens dient acht te worden geslagen op de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en – in het verlengde daarvan – de rechtspraak van onze eigen Hoge Raad over de in art. 6 EVRM verankerde processuele waarborgen.

Er was voor het bestuur van de NVvP dan ook voldoende aanleiding om dit onderwerp opnieuw op de agenda te zetten. Tijdens deze vergadering is besproken hoe het Europese recht

doorwerkt in ons nationale procesrecht. Wat betekent het Europese recht voor de (Nederlandse) rechter? En wat dient hij er – al dan niet ambtshalve – mee te doen? Wat kunnen advocaten in dit verband van de rechter verwachten, en wat kunnen zij zelf met het Europese recht? Deze – en andere – vragen stonden tijdens de voorjaarsvergadering 2019 centraal.

De voorzitter rondde haar inleiding af met een korte introductie van de sprekers. Paulien van der Grinten, raadgever privaatrecht bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid, zal bespreken hoe de (Europese) regelgeving in Brussel tot stand komt (en in welke mate Nederland – als lidstaat – invloed daarop kan uitoefenen). Marloes van de Moosdijk, medewerster bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad, zal aandacht besteden aan de doorwerking van het Unierecht op ons nationale (proces)recht. Caroline ten Dam, raadsheer bij het gerechtshof Amsterdam, zal in breder verband ingaan op de inpassing van het Unierecht in ons nationale recht. Jan Willem Hoekzema, raadsheer bij het gerechtshof Amsterdam, zal de doorwerking van het Europese recht – en hoe daarmee om te gaan – vanuit het oogpunt van de rechter bespreken. Freerk Vermeulen, cassatieadvocaat te Amsterdam, zal hetzelfde doen vanuit het perspectief van de advocaat.

### Inleiding mr. dr. P.M.M. van der Grinten<sup>1</sup>

Stellingen:

1. De verhouding tussen Europees en nationaal procesrecht is en blijft moeizaam.
2. Deze moeizame verhouding is inherent aan het wetgevingsproces in de Europese Unie. Het richtlijnvoorstel representatieve acties is hier een voorbeeld van.
3. We zijn het aan rechtzoekenden verplicht om ons te blijven inzetten voor verbetering van het procesrecht in Europa.

### Inleiding

Volgens Van der Grinten is er weinig veranderd sinds 2012: de verhouding tussen het Europese recht en het nationale recht

\* Mr. J.J. Damingh is universitair hoofddocent burgerlijk (proces)recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Mr. L.M. van den Berg is stafjurist in de rechtbank Gelderland.

1. Raadgever privaatrecht bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

was toen (al) moeizaam en dat is thans – in 2019 – nog steeds het geval. Aan de ene kant maakt de Europese regelgeving het werk van rechters en advocaten makkelijker: zo zouden zij zonder de EU-Verordening Brussel I-bis veel meer tijd moeten besteden aan de erkenning en de tenuitvoerlegging van een vonnis (in een handelszaak) uit een andere lidstaat. En voor een grensoverschrijdende incasso kan in iedere EU-lidstaat dezelfde Europese betalingsbevelprocedure worden gebruikt. Aan de andere kant maakt 'Europa' het dagelijkse werk ingewikkelder. Zo hebben we in Nederland inmiddels drie verschillende regimes voor het inzagerecht: twee van Europese oorsprong voor IE-zaken en het mededingingsrecht en één nationale regeling voor alle overige zaken.

Van der Grinten was in de afgelopen zeventien jaar betrokken bij veel onderhandelingen over (het tot stand brengen van) procesrechtelijke regelgeving op Europees niveau. Ze schetst – in vogelvlucht – de procedure van de totstandkoming van Europese regelgeving (richtlijnen en verordeningen). Het begint met een Commissievoorstel (vergezeld van een *impact assessment*). Over dat voorstel bepalen vervolgens de Raad van ministers (= de 28 EU-lidstaten) (de Raad) en het Europees Parlement een standpunt. Ieder onderwerp is ingedeeld bij een Raad van ministers. De meeste onderwerpen op het gebied van het procesrecht vallen onder de Justitie en Binnenlandse Zaken-Raad (de JBZ). Voor Nederland zit onze Minister voor Rechtsbescherming in de JBZ.

De onderhandelingen in de Raad vinden plaats in een ambtelijke werkgroep. De werkgroep legt een voorstel aan de Raad voor zodra het rijp is voor politieke besluitvorming in een beleidsdebat. Daarvoor wordt het voorstel nog besproken in *Coreper* (Comité des représentants permanents; de ambassadeurs bij de EU). De Raad beslist over het voorstel met een gekwalificeerde meerderheid.

Het Europees Parlement heeft zijn eigen traject. Het standpunt van het Europees Parlement wordt voorbereid in een parlementaire commissie. De commissie wijst een rapporteur aan, die een rapport maakt met amendementen op het voorstel. Over dit rapport wordt eerst door de commissie en daarna door het voltallige Europees Parlement gestemd.

De onderhandelingen in de Raad en het Europees Parlement kunnen jaren duren. De Raad en het Europees Parlement proberen hun standpunten al in deze fase met elkaar en de Europese Commissie af te stemmen. De onderhandelingen binnen de Raad eindigen met een Algemene Oriëntatie en in het Europees Parlement met een Rapport met amendementen op het Commissievoorstel. Daarna begint de triloog – het overleg tussen de Raad, het Europees Parlement en de Commissie om de Algemene Oriëntatie van de Raad en het EP-rapport met amendementen tot een akkoord te brengen waar ook de Commissie mee in kan stemmen. Dit 'driehoeksoverleg' is voor de lidstaten een ongunstige fase omdat zij daar niet of nauwelijks zicht op hebben. Uiteindelijk beslissen de lidstaten en het Europees Parlement of een uit het driehoeksoverleg resulterend akkoord aanvaardbaar is. Is dat het geval, dan kan het

akkoord in de Raad en het Europees Parlement worden aangenomen en vastgesteld. Volgens Van der Grinten doet een lidstaat er verstandig aan om al (politieke) invloed uit te oefenen vóór de verschijning van een Commissievoorstel.

Volgens Van der Grinten zijn er diverse factoren die het Europese wetgevingsproces belemmeren. De eerste belemmerende factor is de 'straf op innovatie'. Daar bedoelt Van der Grinten het volgende mee. Europese richtlijnen kunnen de lidstaten ertoe dwingen om hun eigen reeds bestaande (nationale) wetgeving aan te passen of een afzonderlijk regime te introduceren voor gevallen die onder het toepassingsbereik van de betreffende richtlijn vallen. Juist de lidstaten die vooroplopen met wetgeving (over een bepaald onderwerp) hebben daar last van, omdat zij dus tot aanpassing van hun reeds bestaande regelgeving kunnen worden gedwongen. Deze 'straf op innovatie' bemoeilijkt de onderhandelingen in Brussel.

Een tweede belemmerende factor is dat op Europees niveau meer partijen bij het onderhandelingsproces zijn betrokken (dan op nationaal niveau). De Raad (= 28 lidstaten), het Europees Parlement en de Europese Commissie moeten consensus over een voorgenomen maatregel bereiken. Elke bepaling in een richtlijn of verordening is een zwaar bevochten compromis. Binnen de Raad moet een gekwalificeerde meerderheid worden gevonden. De afweging van de betrokken belangen vindt plaats tegen de achtergrond van 28 verschillende culturen en rechtsstelsels.

Van der Grinten noemt nog een derde belemmerende factor. Bij richtlijnen en verordeningen gaat het steeds om een meer of mindere mate van harmonisatie van regelgeving. De richtlijn (na implementatie) of de verordening (rechtstreeks) past het nationale recht aan. Een recente ontwikkeling is dat iedere lidstaat ten minste één regime moet hebben dat voldoet aan de Europese richtlijn (naast eventuele andere nationale regimes). Ter illustratie wijst Van der Grinten op onze Wet afwikkeling massaschade in collectieve acties (de WAMCA). Wijkt de WAMCA af van het regime van de (voorgestelde) Europese richtlijn voor representatieve acties, dan kan de WAMCA op zich van kracht blijven, maar dan moet *daarnaast* een afzonderlijk regime volgens de regels van de richtlijn worden geïntroduceerd. Dat is verre van ideaal. Een verplichting om voor consumenten twee regimes voor collectieve acties in de lucht te houden, is niet aantrekkelijk en niet overzichtelijk, vooral wanneer de regels van de richtlijn *net niet* hetzelfde zijn. Van der Grinten noemt als voorbeeld de in de richtlijn vervatte eis dat een belangenorganisatie al een jaar activiteiten moet hebben verricht. De WAMCA kent deze eis niet. Zo'n verschil is aan rechtzoekenden niet uit te leggen.

Volgens Van der Grinten zijn er andere mogelijkheden om de Europese regelgeving beter te laten aansluiten op het nationale procesrecht. Van der Grinten wijst op het project van Unidroit en het European Law Institute gericht op harmonisatie van procesrechtelijke regelgeving binnen de EU. Het doel van

dit project is om de versnippering van procesrechtelijke bepalingen in het recht van de EU tegen te gaan. Daarnaast noemt Van der Grinten het rapport dat het Europees Parlement in 2017 heeft aangenomen, met daarin minimumnormen voor nationale en grensoverschrijdende procedures. Ook zou een betere aansluiting kunnen worden bewerkstelligd wanneer zou worden uitgegaan van *beginselen* en dus niet van gedetailleerde Europese regels.

Van der Grinten sluit haar voordracht af met de constatering dat de verhouding tussen het Europese en het nationale procesrecht moeizaam blijft. Niettemin moeten we ons wat haar betreft onverminderd blijven inspannen om het procesrecht in Europa te verbeteren.

### Discussie

Hermans (voorheen advocaat, thans hoogleraar aan de Radboud Universiteit Nijmegen) vraagt of Van der Grinten het eens is met zijn stelling dat het de voorkeur verdient om zowel een nationaal als een Europees regime te hebben, in plaats van te werken met één allesomvattend regime. Het gevaar van dat laatste is namelijk dat dan ook gevallen onder het bereik van dat regime zouden kunnen vallen waarvoor de richtlijn niet is bedoeld.

Van der Grinten is het met deze stelling eens, maar ze vraagt zich af of daarmee kan worden vermeden dat zich (toch) afbakeningsproblemen zullen voordoen.

### Inleiding mr. M.M.C. van de Moosdijk<sup>2</sup>

Stellingen:

1. Alle Nederlandse rechters zijn EU-rechters.
2. Horizontale werking van Unierechtelijke normen is onnodig.
3. De Nederlandse rechter moet Unierechtelijke normen ambtshalve toepassen waar mogelijk.

### Inleiding

Waarom vindt er doorwerking van het Unierecht in het nationale recht van de lidstaten plaats? Het antwoord op deze vraag is volgens Van de Moosdijk 'simpel': die doorwerking moet de volle werking van het Unierecht (in het recht van de lidstaten) verzekeren en daarmee bijdragen aan het realiseren van de doelstellingen van de EU (vrij verkeer van personen en goederen, vrije mededinging, enzovoort). Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen het materiële recht en het procesrecht.

Vervolgens behandelt Van de Moosdijk de vraag op welke wijze de doorwerking plaatsvindt. Dit geschiedt onder meer via *directe* werking. Daarvan is sprake wanneer een Unierechtelijke norm rechten creëert voor particulieren die zij geldend kunnen maken tegenover degene tot wie de in die norm vervatte verplichting is gericht. Beroept een particulier zich jegens een lidstaat op een direct werkende Unierechtelijke bepaling,

dan spreken we van directe *verticale* werking. Directe *horizontale* werking is aan de orde wanneer een particulier zich – in een procedure – tegenover een andere particulier op een Unierechtelijke norm beroept. Europese richtlijnen hebben in beginsel geen directe horizontale werking, zij verplichten de lidstaten tot implementatie in hun nationale regelgeving. Dit neemt overigens niet weg dat de nationale rechter wel gehouden is om nationale regels zo veel mogelijk richtlijnconform te interpreteren.

Een direct horizontaal werkende Unierechtelijke bepaling kan verschillende privaatrechtelijke gevolgen hebben. Expliciet blijkt dit bijvoorbeeld uit art. 101 lid 2 VWEU: een in strijd met het kartelverbod gesloten overeenkomst is van rechtswege nietig. Regelt de Unierechtelijke bepaling met directe horizontale werking niet zelf het rechtsgevolg, dan dient het Europees Hof van Justitie dat rechtsgevolg te bepalen. Wordt die vaststelling aan het nationale recht overgelaten, dan zal dat rechtsgevolg naar Nederlands recht voortvloeien uit art. 3:40 BW. Schending van een direct horizontaal werkende bepaling kan ook tot aansprakelijkheid van particulieren op grond van onrechtmatige daad of tot een vordering uit onverschuldigde betaling leiden.<sup>3</sup>

Naast de directe horizontale werking is er de *indirecte* horizontale (door)werking. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer in een procedure tussen particulieren de vraag moet worden beantwoord of een nationale bepaling verenigbaar is met een direct werkend Unierechtelijk voorschrift. Stel: een Spaanse verkoper van wijn beroept zich tegenover zijn Belgische koper op overmacht omdat een Spaanse wettelijke regeling de export verbiedt. Dit beroep op overmacht zal niet kunnen slagen omdat de nationale regeling in strijd is met art. 35 VWEU. Hier is sprake van *indirecte* horizontale werking: niet de tussen partijen bestaande overeenkomst, maar de nationale regeling wordt immers aan art. 35 VWEU getoetst.<sup>4</sup>

Van de Moosdijk gaat vervolgens in op het gevolg van de doorwerking van Unierechtelijke normen. Het gevolg van de doorwerking is dat particulieren in een nationale gerechtelijke procedure rechten geldend kunnen maken. Vaak zal hiervoor nodig zijn dat het Hof van Justitie een door de nationale rechter gestelde prejudiciële vraag beantwoordt. In het kader van de beantwoording laat het Hof zich dan uit over de uitleg en de toepassing van de aan de orde zijnde Unierechtelijke norm. Aldus wordt verduidelijkt of het Unierecht in de weg staat aan de gelding c.q. toepassing van een nationale bepaling (rechtmatigheidstoets). Het is overigens aan de nationale rechter om die conclusie te trekken bij de voortzetting van de nationale procedure.

Van de Moosdijk gaat ook in op de gehoudenheid van de nationale rechter tot *ambtshalve* toepassing van Unierechtelij-

2. Medewerkster bij het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad en als *fellow* verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

3. Zie o.m. R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuyzen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/31.

4. Vgl. HvJ EU 9 juni 1992, ECLI:EU:C:1992:250.

ke normen. Unierechtelijke normen kunnen van openbare orde zijn of dienen (bij de toepassing ervan) gelijk te worden gesteld aan een regel van openbare orde. In dat geval kan er voor de nationale rechter een verplichting bestaan tot ambtshalve toepassing van die normen. In dit verband kan bijvoorbeeld op de Richtlijn oneerlijke bedingen worden gewezen.

Voorts merkt Van de Moosdijk op dat het Hof van Justitie (zo nodig) overgaat tot de erkenning van Unierechtelijke rechten (en daartegenover staande verplichtingen), voor zover dat nodig is om de volle (door)werking van het Unierecht te garanderen. Van de Moosdijk besluit haar voordracht met het uitspreken van de verwachting dat het Unierecht in de toekomst het nationale vermogensrecht – nog – meer zal beïnvloeden.

#### Discussie

Schuring (advocaat) vraagt zich af of er in het kader van de beantwoording van prejudiciële vragen door het Hof van Justitie wellicht ook behoefte zou kunnen zijn aan de ‘input’ van private partijen (bijvoorbeeld in de vorm van een ‘*amicus curiae*’).

Van de Moosdijk denkt dat daar wel behoefte aan zou kunnen bestaan. Het is alleen de vraag of iets dergelijks valt in te passen in de prejudiciële procedure.

Schillemans (agent voor Nederland bij de EU) plaatst vraagtekens bij de inbreng van private partijen in de prejudiciële procedure. Zij benadrukt dat het Hof van Justitie zich uitsluitend buigt over de uitleg van Unierechtelijke normen. Het is vervolgens aan de nationale rechter – die in feite ook een ‘EU-rechter’ is – om over de toepassing van een door het Hof van Justitie uitgelegde Unierechtelijke norm op nationaal niveau te beslissen.

#### Inleiding mr. drs. C.A.H.M. ten Dam<sup>5</sup>

##### Inleiding

Ten Dam zal aan de hand van drie aandachtspunten de doorwerking van EU-grondrechten in het Nederlandse bestuursprocesrecht bespreken. Vooraf merkt zij op dat het Handvest van de grondrechten (het Handvest), waarin een groot deel van de Uniegrondrechten is neergelegd, met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 bindend is geworden. Sindsdien heeft de rechtspraak over grondrechten een grote ontwikkeling doorgemaakt, ook op procesrechtelijk vlak. Eerst zal aan de orde komen welke grondrechten voor het procesrecht het belangrijkste zijn. Daarna zal Ten Dam de toepassing van procesrechtelijke grondrechten toelichten aan de hand van de werkingssfeer van de Uniegrondrechten en de zogenoemde beperkingsregeling van art. 52 lid 1 van het Handvest.

#### De voor het procesrecht belangrijkste Uniegrondrechten

Het belangrijkste geschreven Uniegrondrecht is vervat in art. 47 van het Handvest dat, kort gezegd, het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en het recht op een eerlijk proces waarborgt. Deze bepaling heeft een ruimere werking dan art. 6 en 13 EVRM en heeft daarom duidelijk toegevoegde waarde. Art. 47 ziet namelijk ook op bestuursrechtelijke procedures en is bovendien niet beperkt tot de grondrechten die het Handvest zelf waarborgt, maar van toepassing op alle rechten en vrijheden die het Unierecht biedt.

Een belangrijk ongeschreven Uniegrondrecht is het verdedigingsbeginsel: bij de uitvoering van het recht van de EU moet de administratie de rechten van de verdediging eerbiedigen, ook als het nationale recht daarin niet uitdrukkelijk voorziet.<sup>6</sup> Onder dit beginsel vallen het recht om schriftelijk of mondeling<sup>7</sup> te worden gehoord voordat een nadelig besluit wordt genomen, en het recht op inzage in de documenten waarop dat besluit is gebaseerd. Schending van het verdedigingsbeginsel was bijvoorbeeld aan de orde bij de inbewaringstelling van asielzoekers zonder voorafgaand gehoor<sup>8</sup> en bij het opleggen van een naheffingsaanslag aan een onderneming die vanwege de spoedeisende situatie niet was gehoord.<sup>9</sup> Niet iedere schending van het verdedigingsbeginsel maakt het besluit echter onrechtmatig. Dat is alleen het geval als de schending van het verdedigingsbeginsel de betrokkene daadwerkelijk de mogelijkheid heeft ontnomen om zich zo te verweren dat de besluitvorming een andere afloop had kunnen hebben. Het verdedigingsbeginsel moet niet worden verward met art. 41 van het Handvest, waarin ook verdedigingsrechten zijn neergelegd. Deze bepaling is niet tot de lidstaten gericht, maar tot instituties van de EU.

#### De werkingssfeer van de Uniegrondrechten

Volgens art. 51 van het Handvest zijn de bepalingen ervan gericht tot de lidstaten, maar alleen *voor zover zij recht van de Unie ten uitvoer brengen*. Te denken valt enerzijds aan nationale handelingen waarmee een verordening wordt toegepast, een bepaling waarmee een richtlijn wordt geïmplementeerd, of een bepaling waarmee overtreding van Unierecht wordt gesanctioneerd. Anderzijds kan worden gedacht aan een nationale handeling die een beperking vormt van het vrije verkeer of van het Unieburgerschap, maar toch gerechtvaardigd kan zijn door een dringende reden van algemeen belang. Van deze tweede categorie is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 17 april 2019<sup>10</sup> een voorbeeld. In die zaak was aan de orde dat de Nederlandse

5. Raadsheer in opleiding in het gerechtshof Amsterdam.

6. HvJ EU 3 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2041, BNB 2014/231 (*Kamino en Datema*) en HvJ EG 18 december 2008, ECLI:EU:C:2008:746, AB 2009/29, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Sopropé*).  
7. HvJ EU 9 februari 2017, ECLI:EU:C:2017:101, JV 2017/110 en HR 22 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:393, NJB 2019/1077.  
8. ABRvS 2 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1491, JV 2018/116.  
9. HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3295, NTFR 2015/3014, m.nt. M. Hendriks.  
10. ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:990, JV 2019/117, m.nt. G.R. de Groot. Zie ook HvJ EU 12 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:189, AB 2019/180, m.nt. V.M. Bex-Reimert en P.R. Rodrigues (*Tjebbes e.a.*).



nationaliteit van een Syriëstrijder was ingetrokken. Omdat de betrokkene tegen dit besluit niet zelf beroep had ingesteld, werd hij, zoals in de Rijkswet op het Nederlanderschap is geregeld, geacht dat te hebben gedaan en is aan hem een advocaat toegevoegd. Deze riep bij de rechter de schending van het recht op hoor en wederhoor in omdat hij zijn cliënt niet had kunnen spreken. Art. 6 en 13 EVRM zijn hier niet van toepassing omdat het een bestuursrechtelijke procedure betreft. Art. 47 van het Handvest kan echter wel worden ingeroepen. De ontneming van het Nederlanderschap leidt tot ontneming van het Unieburgerschap en daarmee tot het ontnemen van alle rechten die verbonden zijn aan dat Unieburgerschap.

De toepassing van Uniegrondrechten door de nationale rechter wordt begrensd door art. 51 van het Handvest.<sup>11</sup> Bij het toetsen aan het Handvest wordt deze stap volgens Ten Dam soms iets te gemakkelijk overgeslagen. Zij wijst ter illustratie op een arrest van de Hoge Raad van 19 april 2019.<sup>12</sup>

#### *De beperkingsregeling*

Beperkingen op de Uniegrondrechten zijn toegelaten, mits de beperkingen bij wet zijn gesteld, de wezenlijke inhoud van het recht eerbiedigen, daadwerkelijk beantwoorden aan doelstellingen van algemeen belang en evenredig zijn, zo volgt uit art. 51 lid 1 van het Handvest. Veel grondrechten hebben dus geen absolute gelding, maar moeten soms worden afgewogen tegen andere belangen, waaronder andere Uniegrondrechten. Deze afweging heeft bijvoorbeeld in de zaak van de Syriëstrijder ertoe geleid dat de inbreuk die in de Rijkswet op het verdedigingsbeginsel wordt gemaakt, gerechtvaardigd werd geacht vanwege de bescherming van de nationale veiligheid. Een dergelijke afweging vergt grote evenwichtskunsten van de nationale rechter.

#### *Discussie*

Van Duin (promovenda aan de Universiteit van Amsterdam) vraagt zich af of art. 47 van het Handvest juist vanwege de link met het effectiviteitsbeginsel meerwaarde heeft ten opzichte van het EVRM. De verwezenlijking van materiële Unierechten speelt dan een rol bij de interpretatie en toepassing van procedurele waarborgen, zoals het recht op toegang tot de rechter in het kader van het EU-consumentenrecht.

Volgens Ten Dam kan art. 47 van het Handvest niet alleen via het effectiviteitsbeginsel van belang zijn in een zaak. Ook andere aanknopingspunten kunnen voor de toepassing van het Handvest relevant zijn.

#### **Inleiding mr. J.W. Hoekzema<sup>13</sup>**

Stellingen:

1. Het procesrecht dient zo door de rechter te worden toegepast of aangepast dat fundamentele rechten, zoals bijvoorbeeld het in art. 6 EVRM gewaarborgde recht op hoor en

wederhoor, kunnen worden verwezenlijkt en dat aan de schending daarvan effectieve en doeltreffende consequenties worden verbonden.

2. De rechter is niet gehouden expliciet te overwegen dat en waarom hij aanleiding ziet om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, maar hij zou dat wel moeten doen.

#### *Inleiding*

Hoekzema bespreekt – in het licht van zijn ervaring als raadsheer bij het hof – de doorwerking van het Europese recht in het Nederlands procesrecht. Hierbij beperkt hij zich tot het (fundamentele) recht op pleidooi en het beginsel van hoor en wederhoor, en tot de praktijk van prejudiciële vragen.

#### *Pleidooi en hoor en wederhoor*

In hoger beroep geldt dat partijen in beginsel het wettelijke recht hebben om hun standpunten bij pleidooi (mondeling) toe te lichten. Een verzoek om de zaak te mogen bepleiten, mag slechts in zeer uitzonderlijke gevallen worden afgewezen, waartoe noodzakelijk is dat door de wederpartij tegen toewijzing van het verzoek klemmende bezwaren zijn aangevoerd of toewijzing van het verzoek strijdig zou zijn met de eisen van een goede procesorde. Het bepaalde in het rolreglement kan niet afdoen aan het in de wet vastgelegde recht op pleidooi.<sup>14</sup>

In het verleden werd een pleidooiverzoek dat volgens het rolreglement te laat was gedaan, vaak afgewezen. Dat gebeurt tegenwoordig niet meer. De vertraging van de procedure die optreedt doordat niet meteen is verzocht om de zaak te mogen bepleiten, is noch in het licht van de procedure als geheel, noch in het licht van de appelprocedure van zo lange duur dat daaraan relevante betekenis kan worden toegekend.

Ter zake van het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor wijst Hoekzema op een wrakingszaak waarin de rol van de rechter scherp naar voren kwam. Tijdens de mondelinge behandeling van het wrakingsverzoek hield de rechter delen uit de rolarchiefkaart aan partijen voor, maar weigerde hij volledige inzage in die kaart te geven met het argument dat het een intern stuk betrof, waarvan de inhoud voor zover relevant (aan partijen) was meegedeeld. Deze handelwijze vindt geen genade in de ogen van de Hoge Raad: het in art. 6 EVRM gewaarborgde recht op hoor en wederhoor omvat het recht van partijen om kennis te nemen van – en zich te kunnen uitlaten over – alle gegevens en bescheiden die in het geding zijn gebracht en zijn bedoeld om in de oordeelsvorming van de rechter te worden betrokken. Het is niet aan de rechter, maar aan partijen om te beoordelen of de betreffende gegevens of bescheiden aanleiding geven tot een reactie. Dit geldt dus evenzeer wanneer het stuk door de rechter zelf in het geding is gebracht.<sup>15</sup>

11. HvJ EU 26 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:105, AB 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Åkerberg Fransson*).

12. HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:623, NLF 2019/1068, m.nt. J. Vetter.

13. Raadsheer in het gerechtshof Amsterdam.

14. HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7596 en HR 27 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8513 en BU7254.

15. HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2263.

*Prejudiciële vragen*

Als uitgangspunt geldt dat de (nationale) rechter prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie mag stellen. De hoogste rechter moet echter verwijzen, tenzij de opgeworpen vraag niet relevant is, de relevante bepaling al door het Hof van Justitie is uitgelegd (*acte éclairée*), of de juiste toepassing van het EU-recht zo evident is dat redelijkerwijs geen ruimte voor twijfel kan bestaan (*acte clair*).<sup>16</sup>

In de praktijk vraagt Hoekzema zich regelmatig af of de rechter behoort toe te lichten waarom het stellen van prejudiciële vragen niet nodig wordt gevonden. Uit het *AFNE*-arrest<sup>17</sup> wordt wel *a contrario* afgeleid dat de beslissing om geen vragen te stellen niet gemotiveerd hoeft te worden. Deze zaak betrof een bijzonder geval waarin de rechter een bepaling van milieurecht – ondanks strijd met het EU-recht – niet onverbindend had verklaard omdat er anders helemaal geen regel zou gelden. Het niet stellen van vragen moest in dat (bijzondere) geval daarom uitvoerig worden gemotiveerd, waaruit wel wordt afgeleid dat dit in andere gevallen niet hoeft.

Dat de rechter niet hoeft te motiveren waarom geen vragen worden gesteld, was ook aan de orde in een arrest van de Hoge Raad van 21 december 2018;<sup>18</sup> met name in de conclusie voor dit arrest<sup>19</sup> wordt hierop ingegaan. Toch motiveert de Hoge Raad soms waarom geen vragen zijn gesteld.<sup>20</sup> Volgens Hoekzema is het van belang dat wel wordt gemotiveerd waarom van het stellen van prejudiciële vragen is afgezien. Hij wijst op een arrest van de Hoge Raad van 21 april 2017 over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, waarin de Hoge Raad niet heeft uitgelegd waarom hij geen prejudiciële vragen heeft gesteld. Dit heeft eraan bijgedragen dat zowel het gerechtshof Den Haag<sup>21</sup> als het gerechtshof Amsterdam<sup>22</sup> in soortgelijke kwesties zelf vragen zijn gaan stellen.

Ten slotte vraagt Hoekzema er aandacht voor dat de rechter, om af te kunnen zien van het stellen van vragen, niet alleen overtuigd moet zijn van de eigen uitleg, maar er ook van overtuigd moet zijn dat de eigen uitleg net zo evident zou zijn voor de rechterlijke instanties van de andere lidstaten en voor het Europees Hof van Justitie.<sup>23</sup>

*Discussie*

Smits (advocaat) onderschrijft de eerste stelling van Hoekzema, maar vraagt zich wel af of de rechter niet te gemakkelijk ruimte voor pleidooi geeft. Hij geeft in overweging om de

partij die een pleidooi heeft gevraagd dat achteraf niet nuttig blijkt, in de kosten van het pleidooi te veroordelen.

Hoekzema benadrukt dat in hoger beroep een recht op ‘*oral hearing*’ bestaat. Stellingen kunnen daar worden genuanceerd en op de memorie van antwoord moet gereageerd kunnen worden. Dit geldt ook als alles al gezegd lijkt te zijn.

Volgens Wisman (advocaat) kan de pijn van een nodeloos lijkend pleidooi worden verzacht door de spreektijd te beperken.

Hoekzema beaamt dit. Bij het gerechtshof Amsterdam mogen advocaten in de regel (niet langer dan) een halfuur pleiten.

Groos (docent aan de Universiteit van Amsterdam) merkt op dat de indruk van partijen ter zitting voor de oordeelsvorming niet onbelangrijk is.

Dit wordt door Hoekzema onderschreven. Hij vult aan dat de zitting ook kan worden gebruikt om onduidelijkheden op te helderen die anders tot een tussenbeslissing zouden hebben geleid.

Bruning (advocaat) wil weten of partijen zich mogen uitlaten als het hof merkt dat een ander hof prejudiciële vragen wil gaan stellen over de kwestie van uitleg die speelt.

Hoekzema bevestigt dat er dan gelegenheid wordt gegeven voor een reactie, maar ook op de vragen die het hof zelf in gedachten heeft.

**Inleiding mr. F.E. Vermeulen<sup>24</sup>**

Stellingen:

1. Het Hof van Justitie had het transparantiegebod in de Richtlijn oneerlijke bedingen niet met werking vanaf 1 januari 1995, maar bij wege van *prospective (over)ruling* moeten aanscherpen.
2. In procedures op tegenspraak met verplichte rechtsbijstand moet de rechter bij ambtshalve toetsing in beginsel de last bij de consument leggen om stellingen te ontwikkelen.
3. Ambtshalve toetsing in collectieve acties van professionele belangenorganisaties is onnodig vanuit het oogpunt van consumentenbescherming.

*Inleiding*

Vermeulen signaleert dat de Nederlandse civiele rechtspleging hoog scoort als het gaat om de verhouding met de EU. Er worden veel prejudiciële vragen van hoge kwaliteit gesteld. De Hoge Raad is, in de woorden van Krommendijk,<sup>25</sup> kritisch doch loyaal aan het Hof van Justitie. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de reeks prejudiciële vragen naar de bevoegde rechter van een *Erfolgsort* bij zuivere vermogensschade onder de Verorde-

16. HvJ EU 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*).

17. HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:603.

18. HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396.

19. ECLI:NL:PHR:2018:54.

20. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385. Voor een voorbeeld uit het bestuursrecht, zie ABRvS 10 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3298, r.o. 52.

21. Hof Den Haag 2 april 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:6320.

22. Hof Amsterdam 5 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:657.

23. HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:603 (*AFNE*), overwegingen 48 en 50.

24. Cassatieadvocaat te Amsterdam.

25. J. Krommendijk, ‘De civiele kamer en de prejudiciële procedure: kritisch doch loyaal aan het Hof van Justitie’, *TCR* 2019, p. 1-14.

ning Brussel I-bis.<sup>26</sup> Hoewel dus veel goed gaat, zijn er twee serieuze fricties tussen de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Nederlandse civiele procespraktijk. De eerste betreft de progressieve koers van het Hof van Justitie, de terugwerkende kracht van diens rechtspraak en de rechtspraktijk die daarop niet steeds is bedacht. De tweede betreft ambtshalve toetsing van Unierechtelijk consumentenrecht, een van de meest controversiële processuele thema's in de lidstaten.

#### *Progressie met terugwerkende kracht*

Volgens Vermeulen is het Hof van Justitie de motor van de Europese rechtsontwikkeling. Een progressieve koers is op zich positief te waarderen, maar de legitimiteit ervan wordt begrensd door de voorzienbaarheid van die koers voor de justitiabele.

Bij een koerswijziging door de Hoge Raad die onvoldoende voorzienbaar was, wordt de laatste jaren vaker openlijk teruggekomen op bestaande rechtspraak bij wijze van *prospective ruling* of *overruling*, dus alleen met werking voor de toekomst.<sup>27</sup> De praktijk kan zich daar dan op instellen. Het Hof van Justitie doet dit vrijwel nooit. Het legt het Unierecht uit zoals het altijd heeft gegolden, en plaatst daarmee marktpartijen met langlopende overeenkomsten voor onvoorziene problemen. Hierbij speelt mogelijk mee dat *prospective ruling* of *overruling* marktverstoring kan werken in landen waarin het Unierecht al verder was geëvolueerd. Vermeulen licht dit toe aan de hand van het transparantiegebod in de Richtlijn oneerlijke bedingen en de verrassende rechtspraak daarover van het Hof van Justitie,<sup>28</sup> die in de Nederlandse literatuur niet was voorzien. Vermeulen acht het denkbaar dat het Hof zich heeft laten inspireren door de Duitse rechtspraak, die al eerder een strengere transparantiekoers had ingezet, en hij adviseert dan ook om de Unierechtelijke ontwikkelingen in andere lidstaten in de gaten te houden.

#### *Ambtshalve toetsing: controversieel of een rustig bezit?*

Vermeulen verwijst naar onderzoek<sup>29</sup> waaruit volgt dat er een aanzienlijke divergentie is in ambtshalve toetsing aan Unierechtelijk consumentenrecht in de lidstaten. Onder meer voor zover het de gebondenheid van de rechter aan stellingen van partijen betreft, de mate waarin de rechter kan sturen in het ontwikkelen van feitelijke stellingen, het bestaan van onderzoeksbevoegdheden buiten het dossier om en de toetsing in

zaken met verplichte rechtsbijstand blijken de verschillen groot.

Ambtshalve toetsing aan Unierechtelijk consumentenrecht is in Nederland met een mengeling van berusting en waardering ontvangen. Volgens Vermeulen is er aanleiding om meer oog te hebben voor de nadelen en de risico's van ambtshalve toetsing. Ambtshalve toetsing – en dan met name het handhavingsoogmerk ervan – draagt weliswaar bij aan daadwerkelijk effectieve rechtsbescherming van consumenten, maar kan al snel uitmonden in een daarmee op zichzelf niet beoogde inhoudelijk te strenge toetsing, een tekort aan wederhoor voor de verliezende gebruiker en – als dat té vaak gebeurt – druk op de schijn van onpartijdigheid van de rechter.

Vermeulen wijst erop dat het Hof van Justitie accepteert dat de rechter na onderzoek de oneerlijkheid van een beding vaststelt, om partijen vervolgens te laten reageren op dit onderzoeksresultaat.<sup>30</sup> De Hoge Raad verlangt echter dat de rechter partijen eerst gelegenheid geeft om zich (op voorhand) over dergelijk ambtshalve onderzoek uit te laten.<sup>31</sup> Vermeulen haalt nog drie voorbeelden aan van zaken waarin de rechter zich naar zijn gevoel onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de wederhoordimensie van ambtshalve toetsing.<sup>32</sup> In procedures met verplichte rechtsbijstand moet daarom in ieder geval van de consument worden verlangd dat deze, aan de hand van middelen die de rechter ambtshalve aan de orde heeft gesteld, zelf een kenbare vorderingsgrondslag of verweer presenteert voor zijn wederpartij. Als de consument wordt vertegenwoordigd door een professionele belangenorganisatie kan ambtshalve toetsing beter uitblijven, aldus Vermeulen, omdat dan geen sprake is van een zwakkere (proces)partij.

#### *Discussie*

Volgens Grillemans (advocaat) blijkt uit het arrest *Faber* dat een partij met rechtsbijstand niet anders behandeld mag worden dan een partij die in persoon procedeert.

Vermeulen erkent dat het Hof van Justitie het door hem bepleite onderscheid niet maakt. Volgens hem ligt dat aan de gewenste generale preventieve werking en niet aan een beschermingsgedachte.

Rijpma (advocaat) wil wel aannemen dat sprake is van een aanscherping van het transparantiegebod, maar betwijfelt of dat een probleem is. Gebruikers met fatsoenlijke voorwaarden hebben toch niets te vrezen? Degenen die hun gezonde verstand niet hebben gebruikt, hebben deze aanscherping noodzakelijk gemaakt. Zij mogen niet weggelaten met onduidelijke bedingen, zoals bij *prospective ruling* zou gebeuren.

26. HvJ EU 16 juli 2009, C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475, *NJ* 2011/349 (*Zuid-Chemie/Philippo's*), HvJ EU 16 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:449, m.nt. L. Strikwerda (*Universal Music International Holding*) en HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:925.

27. HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1568, *NJ* 2003/113, m.nt. P. Vlas (*O/K c.s.*), HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:538, m.nt. A.I.M. van Mierlo en HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3054, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

28. HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242, *NJ* 2012/404 en HvJ EU 21 december 2016, ECLI:EU:C:2016:980.

29. Door het Max Planck Instituut in 2017, resulterend in het rapport *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgements and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law*, te vinden op <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/531ef49a-9768-11e7-b92d-01aa75ed71a1>.

30. Zie HvJ EU 21 februari 2013, ECLI:EU:C:2013:88, m.nt. M.R. Mok (*Banif Plus Bank/Csaba Csipai*).

31. HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, r.o. 5.1.8.

32. Hof 's-Hertogenbosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875 en Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3895, Rb. Amsterdam 11 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7848 en Rb. Den Haag (ktr.) 13 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6165.



Vermeulen merkt op dat de Hoge Raad hierover binnenkort uitspraak zal doen.<sup>33</sup>

Jongeneel (rechter) merkt op dat het (slechts) om een *voorlopig* oordeel gaat wanneer partijen zich mogen uitlaten over een beding dat onredelijk bezwarend wordt geacht. Hij vraagt zich af wat daar mis mee is.

Vermeulen ziet ook het voordeel dat de rechtsstrijd daarmee duidelijk wordt, zeker als het voor partijen als een verrassing komt, maar vraagt zich af of een rechter nog wel zal kunnen terugkomen op zo'n voorlopig oordeel.

De voorzitter dankt de sprekers en kondigt aan dat de volgende vergadering zal plaatsvinden op 26 juni 2020.

---

33. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, *RvdW* 2019/1210.